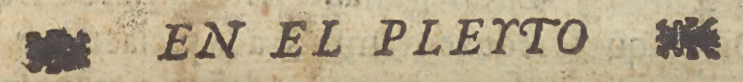


# POR

## D. DIEGO FERNANDEZ Villafañe y Guiral, vezino de la Ciudad de Guadix.



*EN EL PLEYTO*

CON

Doña Micaela Quierquer de Salazar, y doña Geronima, y doña Catalina Villafañe sus hijas.



---

*Impresso en Granada, En la Imprenta Real, Por Baltasar de Bolibar, En la calle de Abenamar. Año de 1660.*

1 STE PLEYTO SE SIGVE sobre diferentes pretensiones de las partes, que algunas determinò la sentencia de vista, y para mas vien proueer en las otras, se mandò hazer cuentas, y particion de los bienes que quedaron por muerte de D. Gonçalo Fernandez Villafañe y Guiral, y oy està visto en revista con nueuas prouanças: y pretendemos por parte de Don Diego se ha de confirmar la sentencia de vista en las pretensiones que determinò, y en quanto a las que reseruò, determinarlas a su fauor.

2 ¶ Y para fundar la justicia de Don Diego, se diuidirà en dos partes el discurso de estos apũtamientos.

3 ¶ En la primera se propondràn las pretensiones de Doña Micaela Quierquer, y sus hijas, que estas se reduzen a la mejora de tercio, y quinto, y legitima de Don Diego, que pretenden estàn renunciadas, y a vnos alimentos que percibiò, y a los frutos de la hazienda, â que se darà satisfacion.

4 ¶ En la segunda se referiran las de Don Diego, que se reduzen tambien a la prelacion de la dote, y arras de su madre, y a los daños, y menoscabos de su mayorazgo, en que tambien ha de ser preferido.

## (***) PRIMERA PARTE. (***)

## PRETENSION DE LA MEJORA *de tercio, y quinto de don Diego.*

5 LA primera pretension de la dicha D. Micaela, y sus hijas, es dezir, que por auer renunciado Don Diego la herencia de su padre, y auer contrauenido a las calidades con que le diò la mejora, passò a la dicha doña Geronima, y la legitima a las demas herederas.

Lo

6 ¶ Lo que ay en quanto a esto en el hecho es, que el dicho don Gonçalo por el testamento, debaxo de cuya disposicion muriô, otorgado en 14. de Abril de el año passado de 648. dize, que por el mucho amor que tiene a su hijo don Diego, le mejora, y manda el tercio, y remaniẽte de todos sus bienes, derechos, acciones; señala los bienes. La qual haze, con que lo que montare, y la legitima ha de quedar vinculada, y con esta cõdicion ha de acetar la dicha mejora, y hazer escritura sobre ella, y si no la acetare, y pusiere pedimiento a sus bienes, reuoca la dicha mejora, y manda q̃ passe a doña Geronima (q̃ es el caso q̃ ha llegado) cõ la misma calidad.

7 ¶ El dicho don Gonçalo muriò en la Ciudad de Guadix por fines de Iulio de el año passado de 648. y en 4. de Iunio, 9. dias despues de la muerte, don Diego presentò a execucion la escritura de dote de su madre, alegando, que los bienes de su mayorazgo los auia deteriorado en mas cantidad de dos mil ducados, ofreciò informacion, y por todo pidiò execucion, y los testigos que presentò dixeron de la muerte de los padres, y que don Diego quedò por vnico heredero de doña Ana de Villena su madre, y el auto de execucion fue por lo q̃ constaua de la escritura de dote, y esta se siguiò sin nombrar defensor, citando de remate a la dicha doña Micaela Quierquer, por si, y como tutora de sus hijas, y se pronunciò sentencia de remate, y en virtud de el apremio, se remataron en la primera almoneda los bienes en vn tercero, en la cantidad de la deuda, y costas, y incontinenti lo cediò en don Diego, y en virtud de este remate tomô possession, y amparo de los bienes, que consta de los autos, sin que en todos ellos huviesse palabra de repudiacion, ò renunciacion, ni de herencia, ni de mejora.

8 ¶ En 7. de Otubre de dicho año de 48. à pedimiento de la dicha doña Micaela Quierquer, don Diego auiendo jurado por mandado de la justicia en el pleyto que la susodicha seguia por su dote, declarò, que en la Ciudad de Guadix tenia repudiada

diada la herencia de su padre, y por esta causa estaua nombrado defensor a sus bienes.

9 ¶ En 18. del dicho mes de Otubre de dicho año, estando en Guadix el dicho D. Diego, ante Lucas de Molina, escriuano publico de dicha Ciudad, otorgò escritura, por la qual haze relacion del testamento de su padre, citandole con dia, mes, y año, y escriuano, y dize, q̃ porque fue calidad, que la mejora la auia de acetar por escritura, la aceta, y otorga con las condiciones contenidas en la dicha clausula.

10 ¶ Despues en 6. de Febrero de el año siguiente de 49. en la citacion que la dicha doña Micaela Quierquier de Salaçar le hizo en la execucion de su dote, dixo el dicho don Diego, que no era heredero de su padre, sino acreedor, y que tenia renunciada su herencia, y siendo necessario la boluia à repudiar.

11 ¶ Este hecho assentado en el primer acto, en que se pretende huvo la repudiacion, es el de 7. de Otubre, en q̃ hazemos supuesto (segun la pretension cõtraria) q̃ por estar la herencia, ò legitima paterna de don Diego, vnida à la mejora con la carga del vinculo en el acto de renunciar la herencia, renunciô la mejora, pues sin agregar esta, no podrá adquirir essotra, *ad brocardicum vulgare, quod qui vult consequẽs vult antecedens, vel ad rem mouilem, ff. de procur.* Dueñas *axiomat. iuris, litter. C. num.* 149. y en terminos de aceptacion de herencia Maranta *in l. is potest, ff. de adquir. hæreditate, num.* 84. vers. *Sexto, & vltimo.*

12 ¶ En esta consideracion (que es lo mas que pueden pretender las partes contrarias) entramos assentando, antes de comẽçar las defensas, que el juramento no dà, ni quita calidad a esta declaracion: porque no es promisorio, ni confirmatorio, sino assertorio, que no induze obligacion alguna, Seraphin. *de præuil. iur. in præfactione, numer.* 2. Signol. *consil.* 106. *in fin.* Barb. *in collect. ad rubr. de iur. iurand. num.* 6. cum multis quos citat *in fin.*

Es,

13 ¶ Es, pues, el primero fundamento, y defensa, que el dezir que auia renunciado, no es renunciar, porque para la renunciacion son necessarias palabras dispositiuas, ciertas, y determinadas, ex doctrina Bart. *in l. gerit, ff. de adquirend. hæreditat. nu.* 9. Marant. *in l. is potest, num.* 48. *eodem tit.* Menoch. *de præsumpt. libr.* 4. *præs.* 100. *nu.* 5. Fabr. *in C. lib.* 6. *tit.* 12. *defin.* 16. *in fin.*

14 ¶ El segundo, que quando fueran dispositiuas, concurre que fue incierto auer hecho semejante renunciacion, y que por ella se huviesse nõbrado defensor (como consta de los autos executiuos que quedan referidos supr. *numer.* 7.) y en este caso nada obra la assercion, ò confession contra el hecho de la verdad, ni perjudica, ex text. *in l.* 3. §. *subtilius, ff. de condit. causa data*, Menoch. *cons.* 105. *num.* 94. Vicenc. de Franchis. *decis.* 60. *n.* 14.

15 ¶ El tercero (y que tambien aprouecha â la declaraciõ que hizo en 6. de Febrero de 49. referida supr. *nu.* ) es, porque estas se hizieron a pedimento de la dicha doña Micaela, en el pleyto executiuo que seguia contra los bienes de su padre, por los derechos de su dote, con que por ser en pleyto que se dirigia contra êl, y para euitar sus molestias, no obra efecto alguno. doctrina textual de la *l. sicut maior* 4. *C. de repud. vel absti. hæredit.* en la segunda parte del texto, ibi: *Nec quod confessos in iure, pro iudicatis haberi placuit, ad vocem repudiantis hæreditatem; sed ad certam quantitatem deberi, confitentem pertinet.* Glos. in casu, ibi: *Si autem in iure est confessus, se hæredem non esse, an sibi præiudicet confessio quæritur? Respondetur, quod non, & quod aliàs dicitur, quod confessus, pro iudicato habetur, non habet locum in repudiatione, sed cum quis confitetur in iudicio, se certam quantitatem debere.*

16 ¶ Bartulo, cuyas palabras son dignas de referirse en esta misma ley, ibi: *Tu dicas esse aduertendum, ad quid sit hæc repudiatio, nam siquidem sit hæc repudiatio ad commodum repudiantis, puta ne conueniatur à creditoribus, interrogatus*

*an esset hæres, dixit non, imò dixit repudio: tunc nõ præiudicat, non enim voluit sibi præiudicare, nec alijs prodesse, vnde vim pacti non habet.* Optimè Anton. Fabro *C. de repud. vel abst. diffin.* 16. ibi: *Qui in iure interrogatus, an hæres esset illius à quo fuerat institutus, aut cuius erat agnatus, cognatusuè proximus negabit se hæredem non idcirco repudiasse intelligitur.* Y aunque se funda en otro motiuo, en la adiccion *num.* 1. trae la misma, *sicut maior* 4. y dize: *Erat enim repudiatio actus solemnis, & legitimus.*

17 ¶ El quarto fundamento es, que siendo herencia de padre, asiste la disposicion de la *l. qui suus fin. C. de repud. vel abstin. hæreditat.* y de la *l. fin. tit. 6. part. 6.* en cuyos textos se dispone, que repudiando los hijos, ò nietos la herencia de sus padres, ò ascendientes, *seyendo mayor de edad de* 25. *años* (dize la ley de partida) *si la heredad, ò los bienes de ella non fuessen enagenados, biẽ los puede despues cobrar hasta tres años.* Lo mismo dispone la ley de el Codigo, y siendo de menor edad, se les concede despues de el quadrieno estos tres años.

18 ¶ Y aunque este preuilegio comunmente los DD. lo limitan a el heredero que està en la patria potestad, que llaman suyo, y no a el emancipado, ni a el hijo, respeto de la madre, que los junta, Ayllon ad Anton. Gomez *tit. 1. cap. 9. num.* 31.

19 ¶ Pero a la contraria, y que competa â los emancipados, asiste la razon de la *l. meminimus, C. de legit. hæredib. Auth. de hæredib. ab intest. venient. §. nullam verò colla.* En que esta quitada la diferencia de la patria potestad, y emancipacion, y es de hazer reparo, que aunque la ley de el Codigo supone suidad, ibi: *Si quis suus recusaberit paternam hæreditatem*, la ley de partida habla generalmente, ibi: *Desechando el fijo, ò el nieto la heredad de su padre.*

20 ¶ Y asimismo a esta opinion asiste la autoridad de la Glos. *in dict. l. fin.* verbo, *Paternam*, de Paulo de Castro *in l. si emancipata, C. de iu*

*ris,*

*ris, & fact. ignor.* de Iasson, que dixo era comun, *in dict. l. si emancipata*, ibi: *Quod dicta lex finalis, C. de repudian. hæredit. communiter tenetur habere locum etiam in filio emancipato*, de Angelo *in §. emancipati, de hæreditat. quæ abintest. deferunt. column. 2.* citatus à Benedict. *in cap. Rainutius*, verbo, *mortuo testatore 2. nu.* 135. de Petr. de Belapert. citatus per Bald. *in l. 2. C. de iuris, & fact. ignor. nu. 2.* verbo, *Si autem.* Gotofred. *in pæredict. dict. l. fin. C. de repud. hæred. litter. P.* ibi: *Quid si emancipati? Idem l. 8 ff. de collationib. & sublata es hodie differentia emancipationis.*

21 ¶ El señor Gregor. Lopez *in dict. l. fin. tit. 6. part. 6. glos. 2.* verbo, *el fijo*, refiere la opinion de la glossa, reconociendo el grande fundamento de la ley que cita, ibi: *Glossa in dicta lege finali voluit, quod procederet etiam in filio emancipato per legem non vnquam 8. ff. de collation. ~~bonor.~~ quæ satis vrgebat.* Y trae la doctrina de Paul. de Castro sola, sin traer las demas que hemos citado: y aunque refiere los de la contraria opinion, no queda con ella, ni se determina; con que si huuiera hecho reparo en los demas que fueron con la glossa, la reprouara.

22 ¶ El quinto es, que quando a los emancipados no les asista la disposicion de la *l. fin. C. de repud. hæredit. y fin. tit. 6. pat. 6.* Es tamen cierto, y seguro en derecho que les asiste la de la *l. non vnquam 8. ff. de collation. bonor.* y de la *l. filij mater 6. ff. ad Senat. Consultum Tertulian.* por las quales a la manera que a los hijos que estan a la patria potestad se les concede tres años para reuocar la repudiaciõ por las dichas leyes finales; a los hijos que no lo estan, videlicet a los emancipados, y a los que heredan a las madres, se les cõcede vn año la *l. non vnquam*, habla en terminos de emancipada, la *l. filij mater* en los hijos, respecto de madre.

23 ¶ Esta doctrina fue primero de Iacobo de Aren. y de Bald. que lo cita, y sigue en la *l. cum ignorantia 2. C. de iur. & fact. ignor. numer. 2.* vers.

*Dic*

*Dic secundum*, & vers. *Sin autem*, fue de Cino, y de Rainer, a quien sigue, y cita Alexand. (reprouando a Iacob. Butrig. y Saliceto) *in dict. l. fin. C. de repud. hæredit. num. 4.* vers. *Subdunt tamen*, & vers. *Tamen mihi placet*, de Iasson, citando a Cino, Raineri, Bald. y Alexand. *in dict. l. fin. C. de repud. hæred. nu. 3.* vers. *Dicunt tamen*, D. Guillelmo Benedict. *in cap. Rainutius*, verbo, *mortuo itaque testato 2. num. 135.* ibi: *Est tamen verum, quod emancipatus, qui paternam hæreditatem repudiabit, potest intra annum reuocare, & eam addire per d. per dictam l. filij mater. quæ non fundatur in suitate, &c.* El señor Gregor. Lopez *constanter in dict. l. fin. tit. 6. part. 6.* Trayendo las autoridades de algunos destos DD. en la *glos. 2.* vers. *Fatetur tamen*, y satisfaciendo a la *l. 2. C. de iur. & fact. ignor.* con la respuesta de Alexandro, y en la *glos. 3.* verbo, *el nieto*, bueluea confirmar la misma sentencia Ant. Padilla de Meneses *in l. si emancipata, C. de iur. & fact. ignorant. num. 15.*

24 ¶ De los fundamentos que dexamos referidos se sigue, que si tenemos por renunciacion de legitima, y tercio, y quinto la que don Diego hizo en 7. de Otubre de 648. esta la pudo reuocar, como expressamẽte la reuocò 11. dias despues, como queda referido en el *nu. 9.* aceptando la mejora de tercio, y quinto, con las calidades que supone se la dexò: en quanto a la dicha mejora ya se vè que no padece duda, pues expressamente la aceptô.

25 ¶ En quanto a la legitima es de aduertir, que si las partes contrarias quieren que la repudiacion de la herencia por estar vnida á la mejora se extienda â ella, por la misma razon la aceptacion de la mejora que don Diego hizo ha de comprehender la legitima, porque *contrariorum eadem est ratio, l. 1. ff. de his quæ sunt sui, vel alien. iur.* Dom. Valenç. *cons. 44. num. 46.*

26 ¶ Imò por mayor razon, y mas concluyente, siquidem la repudiacion, ó renunciacion es odiosa, y se ha de restringir, *l. si domus, ff. de seruitu-*

*uitutib. vrb. præd.* Betius *conf.* 111. *num.* 31. Surd. *conf.* 446. *numer.* 22. Roland. *conf.* 86. *numer.* 33. Dom. Salgad. *labyrint. credit.* 1. *part. cap.* 7. *n.* 28. in terminis Angel. Aretino *conf.* 24. vers. *Nec obstat, num.* 11. Thusc. *litter. H. conclus.* 46. *num.* 22.

27 ¶ Y la acetacion, especialmente de la legitima, es fauorable; porque esta se deue iure naturæ, *Auth. de trint. & semisse, §. hoc natura, l. scripto, ff. vnde liberi, l. nam etsi parentibus, ff. de inoffic. testament.* Alexand. *conf.* 75. *libr.* 1. *num.* 1. Y se dize, æs alienum, *l. Papinianus, §. si quis impubes, ff. de inoffic. test. & quod defertur à lege, l. si arrogator,* vers. *Cæterum, ff. de adopt.* Dom. Valenç. *conf.* 86. *n.* 2. & 15. Y por esta razon se ha de extẽder, *vulg. reg. odia restringi, fauores ampliari conuenit.* Dueñas *axiomat. iuris, litter. O. nu.* 12. & *litter. F. numer.* 15. Y en lo indiuidual de legitima es formal text. *à contrario sensu* la *l. si quando* 35. *§. & generalitèr, C. de inoffic. testam.*

28 ¶ Con el supuesto en que vamos, de q̃ la repudiacion de siete de Otubre no pudo embaraçar a que don Diego acetasse en diez y ocho del dicho mes, y que esta acetacion comprehende la herencia, ò legitima paterna, y el tercio, y quinto: passamos a ver, que puede aprouechar a las partes contrarias la otra renunciacion, ò repudiacion que pretenden hizo en 6. de Febrero de 49. que esta parece que està mas expressa, porque no solo dixo que estaua renunciada; si no que passò a dezir, que siendo necessario la boluia à repudiar.

29 ¶ Y assentamos. Lo primero, que todos los fundamentos que dexamos referidos se pueden aplicar a esta renunciacion, atendiendo, a que aunque es menester acetacion despues de la repudiacion, y en quanto à esta de que vamos hablãdo, no la hallamos hasta que se siguiò este pleyto: Si se ocurre a las doctrinas que extienden el preuilegio de la *l. fin. C. de repud. hæredit.* a los emancipados; ya se vê que los tres años siendo menor se conceden despues del quadrienio, *dict. l.* ibi: *Tunc post impletum*

*tum quadrienium, alium trienium ei indulgerit, intra quod potest, rebus in suo statu manentibus, addire hæreditatem, & suam abdicationem reuocare.* DD. *in dict. l.* y todos los q̃ dexamos citados.

29 ¶ Y atendiendo solo a el año que se cõcede sin duda â los que estan fuera de la patria potestad, la misma razon corre para que este se cuente a los menores despues del quadrienio, ex eisdem doctrinis: ad quod notò singularia verba Anton. Fabr. *codic. libr. 6. tit. 12. defin. 16.* habla en los que estan fuera de la patria potestad, ibi: *Interrogatus an hæres esset à quo fuerat institutus, aut cuius erat agnatus, cognatus vè proximus: non idcircò repudiabit; itaque saluum illi erit ius adeundi, quandocumque, dummodo intra annum trigesimum.* Y cita la dicha *l. sicut 4. C. de repud. hæredit.* Y que fuesse menor don Diego a el tiempo que hizo vna, y otra renunciacion; consta de la fee de baptismo que está en los autos. Con que dentro de los treinta y dos años de su edad, ô por lo menos de los treinta pudo valerse del dicho preuilegio.

30 ¶ Lo segundo, y que saca de toda duda es, que vna vez aceptada la herencia, la repudiacion q̃ despues se haze, no es de efecto alguno, *expressa l. sicut maior 4. C. de repud. hæred.* ibi: *Sicut maior, ante quam addat, delatam repredians successionem; post quærere nõ potest; ita quæsitam renuntiando, nihil agit, sed ius, quod habet retinet.* Paulo de Casttro *in dict. l. sicut maior, nu. 3.* Iasson *sequendo sententiam.* Cini, Bald. & Paul. de Castr. *in dict. l. sicut maior,* que entienden esta ley a fauor de el heredero, impugnado a Bart. y Alex. que la entendieron a fauor de los acreedores, Iacob. de Raben. *in dict. l. sicut maior,* Tusch. *pract. litt. H. conclus. 46. nu. 1.* Paul. de Castr. *cons. 128. num. 1. vers. Si autem se immiscuerat,* Pedro Surd. *cons. 300. n. 3.* citãs Paul. de Castr. & Iasson.

31 ¶ Hemos discurrido hasta aqui, haziendo presupuesto, de que la renunciacion de la herencia comprehende la mejora de tercio, y quinto, que

es

es lo que pretenden las partes contrarias. Y parece queda satisfecho quando estuvieramos en este caso: at verò no estamos en èl, si no que en quanto a la mejora de tercio, y quinto, de ninguna manera està renunciada.

32 ¶ Patet, porque en la declaracion que hizo don Diego en siete de Otubre de 48. aunque pidiò la dicha doña Micaela, que declarasse si tenia renunciada la herencia, y no tenia aceptada la mejora, solo declarò que tenia renunciada la herencia, y no declarò en quanto a la mejora, y en este tiempo no consta que tuviesse noticia de la calidad con que se la dexaua en su testamento, y esta noticia no se presume, *l. verius, ff. de probation. l. mater decedens, ff. de inoffic. testam.* Bart. *in l. qui Rome, §. duo Fratres, ff. de verb. obligat.* vbi communiter DD. Corneo *cons.* 88. *vol.* 3. Paul. de Castr. *cons.* 300. *num.* 2. *lib.* Petr. Paul. Paris. *cons.* 33. *n.* 86.

33 ¶ Y en la declaracion que hizo a la citacion de remate en seis de Febrero de 49. assimismo no hablò de mejora, si no de la herencia renunciada, y siendo necessario la repudiaua de nuevo.

34 ¶ Siendo esto cierto, y que quando se quiera considerar renunciacion de herencia, ò legitima: esta es *quid distinctum, & separatum à melioritione tertij, & quinti*, ita Tello Hernandez *in l.* 21. *Tauri. num.* 1. & Matienç. *in l.* 5. *tit.* 6. *lib.* 5. *Recop. glos.* 1. *n.* 1.

35 ¶ Y assi se puede renunciar la herencia, y aceptar la mejora, *l.* 21. *Taur.* 5. *tit.* 6. *libr.* 5. *Recopil. l.* 2. *tit.* 9. *part.* 6. *l. cum filiabus, & seqq. ff. de legat.* 1. Especialmente siendo la mãda de quota de bienes, ibi: *El tercio, y remaniẽte de todos mis bienes, derechos, y acciones*, a que la limita el señor Doctor Luys de Molina *de primogen. lib.* 1. *cap.* 8. *num.* 13. vers. *Ut autem verum*, a quien sigue Azeuedo *dict. l.* 5. *n.* 4.

36 ¶ Viene a quedar llano, que en quanto a la mejora, no ay medio que alcãcemos en nuestra cortedad, para que se pretenda con tanto esfuer

ço, quando ninguna palabra, ni demonstracion ay en todo el pleyto, en que don Diego aya insinuado el no querer esta mejora antes; como queda dicho ay expressa aceptacion, y en ella como queda fundado està embebida la de la legitima paterna.

36 ¶ Y para la dicha legitima paterna en la cõsideracion q̃ vamos haziendo, no obstarà el auer dicho don Diego en la citacion de remate (posterior a la dicha aceptacion de mejora) *Que siendo necessario, boluia à repudiar la dicha herẽcia*; porque esta forma de repudiacion lleua en si embebida la condicion, de que si fuesse necessario, conque no siẽdolo, antes es precisso el auer de vincular la legitima con la mejora de tercio y quinto; viene a quedar sin efecto la dicha renunciacion.

37 ¶ Imò es cierto in iure, que la renunciacion de la herencia absoluta, no comprehende la legitima; etiam siendo aquella repudiada con palabras precissas, y dispositiuas por la *l. si quando* 35. *§. & generalitèr (de in offis. testam.* ibi: *Si filius post obitum patris hoc, quod relictum, vel donatum est, simplicitèr agnouerit: fortè, & securitatem hæredibus fecerit, quod ei relictum, vel datum est accepisse, non addiciens nullam sibi superesse de repletione quæstionem: nullum sibi filium facere præiudicium, sed legitimam partem repleri; nisi hoc specialitèr, siuè in apocha, siuè in transactione scripsèrit, vel pactus fuerit, quod contentus relicta, vel data parte, de eo quod deest nullam habeat quæstionem:* Bald. *cons.* 69. *lib.* 1. *in princip. & cons.* 452. *num.* 3. *dict. lib.* 1. Socin. *cons.* 150. *nu.* 6. *lib.* 1. Signorolo *cons.* 80. *num.* 5. *&* 181. *num.* 11. Boer. *decis.* 3. *nu.* 7. citando muchos, y teniendola por cõstante opinion de los DD. ibi: *Et in eo casu indifferentèr, omnes DD. concludunt, dictam renuntiationem bonorum paternorum, & maternorũ (nulla facta in specie mentione de legitima) non comprehendere legitimam per textum singularem, in dict. l. si quando. §. generaliter, &c.* De Tusch.

con

con las mismas palabras, refiriendo à otros, *litter. I. conclus.* 214. *n.* 1.

38 ¶ Lo qual extienden muchos DD. aun â el caso de estar jurada esta renunciacion, Guid. Papa *decis.* 427. *num.* 1. vbi Matheo Ferrer. su Add. cita muchos (satisfaciẽdo a los que lleuaron lo cõtrario) Paulo de Castr. *cons.* 305. *nu.* 1. *lib.* 2. optimè Anton. Fabr. *in C. lib.* 3. *tit.* 19. *in addit. n.* 4. *Vtramque conclusionem comprehẽdens*, ibi: *Nam renunciatio bonorũ paternorũ, & maternorũ etiam iurata, nõ protrahitur ad legitimam cuius, nulla mẽtio facta sit, l. si quando, §. & generalitèr*, vbi DD.

39 ¶ Y aunque antes de diferida la herencia, *scilicet* en vida de los padres, ha auido quien defienda lo contrario; pero en terminos de ser repudiacion: diferida la herẽcia, y ser tacita, y sub intellecta, (en los quales estamos) nadie lo ha negado, Thusc. cita muchos, *dict. conclus.* 214. *n.* 6. & 21. Anton. Fabr. *dict. difin.* 1. & *nu.* 4. citat aliquos, & *difin.* 10. Rodrig. Suar. *in l. quoniam in prius, ampl.* 7. *num.* 2. & *ampl.* 9. *num.* 1. vbi Valdes, Add. plures citat *dict. num.* 1.

~~38~~ 39 ¶ Con que parece que a qualquiera luz que se mire esta pretension, ô considerando la mejora, y legitima, vnidas, ò considerandolas separadas, ningun fundamento ay para obtener en ella.

~~39~~ 40 ¶ Y solo resta el satisfacer (por si se hiziere reparo) a lo que se opone contra el instrumẽto que se presentô en estos autos para justificar la aceptacion de mejora que hizo Don Diego, que aunque en quanto a la mejora (segun lo que dexamos fundado) no lo auiamos menester, supuesto q̃ de esta no ay renunciacion, con todo se responde.

~~40~~ 41 ¶ Lo primero, que el testimonio de este instrumento auiendose presentado en cinco de Nouiembre de 56. se concluyô a êl en 7. de Diziẽbre sin contradezirlo, ni redarguirlo, con que saliò la sentencia, y con esto fue visto aprouarlo, ad tradita per Pareja *de instrument. edit. tit.* 1. *resol.* 3. §. 2. *num.* 55.

41 ¶ Lo otro, que Lucas de Molina, escriuano publico de la Ciudad de Guadix, ante quien passò la escritura, y diò el testimonio, es muy conocido en esta Ciudad por estar tan cerca, y con tanta correspondencia la de Guadix, cõ notorio credito de escriuano, fiel, y legal, y en estos terminos no se necessita de cõprouacion en la redarguciõ de falso ciuilmente, Roder. Suar. *in l. post rem iudicatam, §. pro euidencia in declarat. leg. reg. num.* 34. Gregor. Lopez *in l.* 125 *.tit.* 18 *.part.* 3 *.glos. auerigue,* Pareja *de instrument. edit. tit.* 1 *.resolut.* 3 *.§.* 2. *numer.* 53.

## *PRETENSION DE contrauencion por auer puesto pleyto.*

43 ESta nueuamente se ha alegado en la instancia de reuista, suponiendo que ay condicion en la mejora, de q̃ no auia de poner pleyto, y que por auerlo puesto don Diego, la perdiò, y de oponerse tan tarde, se reconoce lo fribolo, y de poca sustancia que es: la condicion de don Gonçalo fue, que mejoraua à su hijo con calidad de que vinculasse su legitima, y otorgasse escritura de ello, cumplido esto, no ay que atender, ni passar, a el segundo caso de la contrauencion; porque este se caduca, vt si non esset, *l. qui hæred. §. fin. ff. de condit. & demonstrat. l. si rem, §. omnis, ff. de pignorat. action. l. si pecuniã, ff. si certum petatur.* Pereg. *de fidei commissis, art.* 15 *.num.* 25. Casanat. *cons.* 2 *.n.* 28. Menoch. *cons.* 326 *.n.* 32. Dom. Castillo *lib.* 6 *.cap.* 119 *.num.* 5.

44 ¶ El fin principal fue este, y assi dize: *Con que ha de vincular con ella la legitima, y con esta condicion ha de acetar la dicha mejora, y hazer escritura, y si no la acetare, y pusiere pedimento a mis bienes, &c.* De suerte, que cumpliendo cõ el fin principal de acetarla, aunque no cumpliesse con el de poner pleyto a sus (bienes que fue casualmente añadido) sin auerlo puesto en la condicion, es bastante,

tāte, *ex regul. si quis neque causam, ff. si certum petatur*, Bald. *in l. reos, C. de accusat.* Gutierr. *libr.* 3. *pract. quæst.* 1. *num.* 11. Dom. Valençuela *cons.* 33. *numer.* 114.

45 ¶ En lo dispositiuo solo se pone la calidad de que graue la legitima, con que aceptandola se cumple omnimodamente, para obtener la mejora, y passando a la contrauencion, para passar à el segundo caso, copulatiuamente requiere que no acepte la mejora, y que ponga pleyto, *hoc importat particula, Et, ex l. si quis ita stipulatus, ff. de verbor. obligat. l. si hæredi plures, ff. de condit. instit. l. hæredi, §. Caio, ff. de fundo instruct. l. Titia textores, §. nihil, ff. de leg.* Ceuallos *comm. contr. q.* 828. *nu.* 87. Barbos. *de diction. vsufrec.* verbo, *Et*, 3.

46 ¶ De que se siguen, que para incurrir en la contrauencion, y llegar a la pena de ella, es necessario que precedan las dos calidades, sin que baste la vna sola, ex regula text. *in l. si hæredes plures, ff. de condit. inst. l. si is qui ducēta, §. vtrū, ff. de rebus dubis, cap. inter catera de rescriptis, vbi dicitur, quod quando duo copulatiuè requiruntur: necesse est quod vtrumque concurrat, vt dispositio locum habeat*, Cephalo *cons.* 132. *nu.* 1. *libr.* 1. Marc. Ant. Eug. *cons.* 22. *nu.* 24. *libr.* 1. Dom. Valenç. *cons.* 23. *num.* 38. Matienç. *l.* 8. *tit.* 1. *libr.* 5. *Recopil. glos.* 1. *numer.* 4.

47 ¶ Mayormente, quando es la principal, la renunciacion de la mejora, à que se deue atender, Bald. *in l. venia, C. de in ius vocando, num.* 4. Gozad. *cons.* 5. *num.* 6. Tiraquel. *de retract. lignag.* §. 30. *glos.* 1. *numer.* 5. Mang. *de imput. quæst.* 75. *numer.* 12.

48 ¶ Fuera de que el pleyto a que pudo mirar esta palabra, fue a el de los daños de el mayorazgo, y en quanto a esto, aunque en el pedimento de execucion que hizo dō Diego por la dote, nueue dias despues de auer muerto su padre (en que no tuuo noticia de el testamento, ni se presume como queda prouado) la pidiò tambien por dos mil ducados

cados de dichos daños, ni sobre esto hizo informacion, ni se hablò mas en aquel pleyto de dichos daños, como queda aduertido en el *num.* 7. y solo los opuso justamente quando las partes contrarias le imputaron defectos a la dote de su madre, tan fuera de razon, y fundamento, con que damos fin a esta pretension, la qual la determinô la sentẽcia de vista à fauor de don Diego, absoluiendole della, que sirue de apoyo a estos fundamentos, para que la de reuista la confirme.

## PRETENSION DE *alimentos.*

49 EN esta dize doña Micaela que sustentô a don Diego 17. años, que merecian essos alimentos 250. ducados en cada vn año, que la mitad corriò por cuenta de don Gonçalo su padre, y la otra mitad le deue satisfacer el dicho dõ Diego; y esta tambien se determinò a fauor, absoluiendole de ella, y reseruãdo a la dicha doña Micaela Quierquer su derecho a saluo contra quien viere que le conuenga.

50 ¶ Lo que ay en el hecho en quanto a esto, es, que quando casò don Gonçalo de Villafañe con la dicha doña Micaela Quierquer (que fue el año de 631.) era el dicho Don Diego de edad de 5. años, y el dicho su padre entrô en este matrimonio la herencia materna de su hijo (que quando no atendamos a la prouança q̃ ha hecho don Diego en razon de que los bienes libres de su madre valian mil ducados mas de el precio en que se pusieron) por la carta de dote consta que estos fueron en cantidad de 3U500. ducados y mas.

51 ¶ Y lo vinculado fue vna casa principal en la ciudad de Guadix, vn escritorio en la plaça, vna ventana, vn corral con dos cuevas, vna guerta, y cinco heredades de viña, que tiene prouado concluyentemente que esta hazienda rentaua en cada vn año mas de 1U. ducados.

Y la

52 ¶ Y la dicha Doña Micaela lleuò en dote 141208. reales en bienes muebles, y deudas, y vna quarta parte de vnas haziẽdas de poblacion en las Albuñuelas, que partiô con sus hermanas.

53 ¶ Hasta fin del año de 646. estuvo D. Diego en la patria potestad, y en este tiempo su padre lo emancipò con clausula expressa, de que la hazia remission desde luego toda la herencia de su madre, assi libre, como vinculada, y estuvo año y medio emancipado, sin que se le entregasse la dicha hazienda hasta q̃ muriô, y por su muerte don Diego tomò la possession della.

54 ¶ Doña Micaela articulô, que gastariã en dichos alimẽtos en cada vn año 200. ducados, y solo vn testigo de los q̃ presentò, dixo esta cãtidad.

55 ¶ Esto supuesto, veamos aora en que tiempo se pretenden estos alimentos, si en el de la patria potestad: el fundamento de que se puede valer es de lo que dixo Valasco *lib. 2. consultat.* 118. donde haziendo distincion de dos formas de casamientos que ay en aquel Reyno, *in forma communi, scilicet*, por carta de dote, y arras; *ò por la costumbre del Reyno*, en que se comunican todos los bienes, y en vno, y otro caso dize, q̃ los alimentos, y expensas de los hijos de primero matrimonio se han de hazer en el segundo, de la parte que toca al marido, fundado, en que la compañia conjugal es particular: por lo qual por Derecho comun los hijos de el primero matrimonio se han de alimentar de los bienes del padre. Y porque por ley Real del Ordenamiento de Portugal se manda: que las deudas contraidas antes del matrimonio no se han de sacar del comun, y tray otras razones, que se reduzen a este principio: y viendo las que pondera en el *nu. 4. cum seqq.* se reconocerà quan sin fundamento se apartô de ellas: y en los mismos terminos, imô en mas apretados lleuò lo contrario el Padre Luys de Molina, *tract. 2. disput. 274.* vers. *Nonnulla tamen*, donde refiriendo lo que dixo en la *disput. 228.* en el quinto efecto de la patria potestad, *scilicet*, que a la manera que el Padre tiene obligacion à alimentar a el hijo,

hijo, *sic econtra* la tiene el hijo, respecto de el padre, dize, que esto corre tambien en las hijas, aunque estèn casadas y, añade: *quia arbitror, eius modi debitum, de communibus bonis vtriusque coniugis esse soluendũ, siuè matrimonium cõtractu medietatis, fuit celebratum: si verò arrarum, & dotis, existimo soluendum esse de bonis super lucratis, si quæ tunc sint, &c.* Pero quidquid sit de la opinion de Valasco, esta se entiende quando el Padre entra à el matrimonio, ô sin capital, ò con el, de bienes propios, en que se pueda considerar deuda, ô carga cõtraìda antes del matrimonio.

56 ¶ Ad verô quando la hazienda que lleuô el padre a este matrimonio, no fue propia suya, si no de el hijo, de Peculio Aduẽticio, q̃ aunque toca de èl, el vsufructo, y administraciõ, a el padre, es la propiedad del hijo, *l. cum oportet, & per totum, C. de bonisque liberis, & per totum, C. de bonis maternis, l. 5. tit. 17. part.* 4. Dom. Molin. *de primog. lib. 1. cap. 19. num.* 18. Dom. Castillo *lib. 1. cap.* 3. *de vsufruct. num.* 40. Pater Molina *tract. 2. disput.* 232. y tiene prohibida la enagenacion, *l. 1. & 2. & fin. C. de bonis maternis*, Pinelo *l. 1. C. de bonis mater. 3. part. num.* 21. Dom. Castill. *l. 1. de vsufruct. cap. 3. nu.* 69. Y passando â segundo matrimonio, tiene obligacion de hazer inventario, y dar caucion, y fiança de no los malbaratar, y de vsarlos, y gozar los, *arbitrio boni viri*, Dom. Castill. cum pluribu. *lib. 1. de vsufruct. dict. cap. 3. n. 91. & 98.*

57 ¶ En estos terminos, como se podrá sustentar la opiniõ de Valasco: siquidem esta es vna administracion agena de la compañia coniugal, y lo que en ella se comunica es, solo lo que sobra cumplidas las cargas de ella, que la principal, y precissa, y es alimentar a el hijo, mediãte el qual, tiene aquel vsufructo. Ad quod noto verba Ant. Fabr. *in C. lib. 6. tit. 32. defin. 4. Cum non alia lege det ei lex vsufructum, quam vt matrimonij onera, quæ post matris mortem supersunt, per inde ac constante matrimonio, perferat, interquæ præcipuum est, vt liberos exibeat.* Y cita la *l. pro hæredibus* 20. *C. de*

*iur.*

*iur.dot.* lo mismo dize en la *defini. 6. in fin.* mejor en la disinicion 13. *tit. 33. dict. libr. 6. Et si pater vsufructuarius est bonorum filij, siue materna illa sint, siue aliunde aduentitia: ita tamen vti suo iura potest, si ex hijs fructibus, allere liberos velit, alio qui æquu non est, salbum illi esse vsufructum in bonis liberorum, ipsos verò liberos fama perire.*

58 ¶ Lo segundo es de aduertir, que las leyes de nuestro Reyno en la compañia coniugal son muy diferentes que las de Derecho comun, y municipal de Portugal, porque tenemos la *5. tit. 9. lib. 5* que dize, que todos los bienes que fueren ganados, durante el matrimonio, los pueda enagenar el marido, durante el, si quisiere, *sin licencia, ni otorgamiento de su muger, que el contrato de el enagenamiento vala, saluo si fuere prouado, se hizo cautelosamente por defraudar, y damnificar a su muger*, en cuya explicacion resueluen los nuestros del Reyno, que las donaciones (especialmente quando no son inmoderadas, y de manera que se entienda animo de defraudar a la muger) las puede hazer, juncta muchos Azeued. *in dict. l. 5. nu. 7. cum seqq.* Dom. Molin. *lib. 2. de primogenijs, cap. 10. n. 66.* Matienç. *in dict. l. gloss. 6. à nu. 6.* Roxas *in epitom. success. cap. 33. num. 25.* Burgos de Paz *quæst. 8. num. 13.* Gutierr. *lib. 2. practicar. quæst. 121.*

59 ¶ Y en mas apretados terminos, etiam *in meretricando, & ludendo*, es la comun, y practicada resolucion, *& in punct. iuris verior*, D. Greg. Lopez, *l. 13. tit. 10. part. 5.* verb. *ganancias*, Anton. Gomez *l. 53. num. 66.* Azeued. *dict. l. num. 19.* Flores de Mena, ad Gamm. plures citans *decis. 227.*

60 ¶ Ad verò, en Portugal tienen dos diferencias de casamientos: vno que llaman por carta de dote, y arras: y otro que llaman por carta de mitad, y en ambos está prohibido el donar, y enagenar por qualquier modo, sin expresso consentimiento de la muger, Pater Molin. *tract. 2. disput. 275. in princ. & per totum.*

61 ¶ Vnde euenit, que estando pagada la di-

dicha doña Micaela Quierquer de su dote (sin que en quanto a ella pretenda cosa alguna) siendo estos alimentos que se dieron a don Diego, gastados, *minutatin* con vn titulo tan legitimo, como era el sustentar a vn hijo (que por su herencia materna, y el vsufructo della sustentaua â las partes contrarias) no se podrà dezir que fueron enagenaciones *cautelosamente por defraudar, y damnificar a su muger*, que son las que no permite la ley del Reyno, cõque estando legitimamente consumidos, sin fundamẽto se pretende aora hazer cuerpo de ganancias, estos alimentos, para sacar la mitad.

62 ¶ Ayuda esta consideracion, el que lo que permite el padre a el hijo del vsufructo de sus bienes aduenticios, ô sea expressa, ò tacitamente, no tiene obligacion a conferirlo quando llega â la particion con sus hermanos. La razon dâ Antonio Gomez *in l.29. Tauri, nu.28. vers. Decimo quinto*, ibi: *Quia ista propriè non est donatio, sed quadam remissio, & reputatio, & abdicatio iuris patri competentis.* Y se prueva expressamente de la *l. cum oportet, §. sin autem, C. de bonis que liberis*, Paul. de Castro *in dict. §. sin autem*, Bald. *in Auth. ex testament. C. de collat.* Philipp. Decio *dict. Authent. ex testam. C. de collat. num.* 1. Angelo de Perus. *in dict. §. sin autem*, Anton. Gomez *dict. loco, num.29.*



63 ¶ Segun esto, menos derecho tendrâ la madrastra para querer que los confiera en las ganancias, porque menos obligacion tiene el padre de no grauar a los hijos sus legitimas, y â las mugeres sus ganancias; y el fin milita la misma razon: *quia ista proprie non est donatio, &c.* Y donde ay la misma razon, *idem ius esse deber, ex vulgar, l. illud, ff. ad leg. Aquil.* Gutierr. *pract. libr. 3. quæst. 17. num.* 84. Dueñas *axioma iur. litt. R. n.* 14.

64 ¶ Hucusque dicta, son en quanto a el tiempo de la patria potestad. Ad verò, en quanto a el año y mediò que estuuo emancipado: la disposi-

cion de Derecho es, que el padre *propter præmium emancipationis*, puede retener la mitad de el vſufructo de los bienes aduenticios, *l. cum oportet*, §. *cum autem*, *C. de bonis que liberis*, *l. 15. tit. 18. part.* 4. pero puede remitir eſte derecho (como aqui lo hizo don Gonçalo) text. *in dict. l. cum oportet*, §. *ſin autem*. *C. de boni qua lib.* Anton. Gomez *in l. 48. n.* 9. Tello Fernand. *in l. 17. Tauri*, *nu.* 63. Matienç. *in l. 1. tit. 6. gloſſ. 4. num.* 18. & 19. Petrus Dueñas *reg. 227. lim.* 3.

65 ¶ Y aſsi en eſte tiempo mas bien pudiera pretender don Diego reſtitucion, de el exceſſo que montò la renta de ſu hazienda, pues no es dudable ſe gaſtaria mucho menos en ſus alimentos.

66 ¶ Con q̃ queda calificada la ſentencia de viſta, que abſoluiò a don Diego de eſta pretenſion, para que en la de reuiſta ſe confirme.

## *PRETENSION DE LOS FRUTOS de la hazienda.*

67 LO que ay en quanto a eſto queda aduertido en el numero ſiete, lo que ſe dize es; que los autos executiuos contuvieron nulidad, por no auer ſe citado a los menores, y que la poſſeſsion que tomô don Diego de los bienes que quedaron por fin, y muerte de ſu padre, en virtud de la ceſsion que le hizo el tercero en quien ſe remataron, ſe reſolviô en prenda pretoria, y que ſe han de reſcontrar los frutos con la deuda.

68 ¶ En quanto a la nulidad, por defecto de citacion a los herederos, es cierto ſe hizo a doña Micaela Quierquer en 15. de Nouiembre de 45. la qual dixo, que era tutora, y curadora de ſus hijos, y como à tal ſe la citò de remate, y no ſe opuſo, y en virtud de ella ſaliò la ſentencia de remate contra los bienes de que haſta aora no ſe â apelado.

69 ¶ La prenda pretoria, el fundamento que puede auer en derecho es, lo que dixo el Autor de la Curia Filipica en la 2. *part.* §. 22. *num.* 23. ibi: *Si el acreedor por ſi, ò interpoſitas perſonas compra-*

*re los bienes executados sin consentimiento de el señor dellos, dandosele el precio los ha de restituir con frutos, por no valer la venta, y assi no tener titulo.*

70 ¶ Para esta resolucion no se vale de texto, ni autoridad alguna, y el supuesto que haze de q̃ el acreedor por si no puede comprar los bienes, en la subhastacion a su pedimento, es falso; porque lo cōtrario se prueva de la *l.2. C. si in causa iudic. pign. captum sit*, ibi: *Emptore non existente, vel existente quidem: sed non dignum pretium offerente, is cui iudicati ssatis non fecit, ad licitationem secundum constituta fuerit admissus, cuiuslibet alterius vice ex officio emere debet.* Y en tanto grado se deue admitir, que se prefiere a qualquiera, etiam, aunque sea pariente, por la *ley 1. ff. de priuileg. credit.* ibi: *Cum bona veneunt debitoris, in comparatione extranei, & eius, qui creditor cognatusue sit, potior habetur creditor cognatusue; magis tamen creditor, quam cognatus*, Parlad. *lib.2. rerum quot. cap. fin. 5. part.* §. 13. *num.* 10. Carleu. aliquos afferens, *tit.* 3. *disp.* 1. *numer.* 7. Paz *in praxi, tom.* 1. *part.* 4. *capitul.* 3. *num.* 50. *non relatus ab eo.*

71 ¶ En quanto a la interposita persona, tambien padeciò equivocacion, y lo que ay en esto es, que el señor Couarr. (que fue el primero) en el *lib.2. variar. cap.* 11. *num.* 3. tratando de la forma de hazer el remate en la publica subhastacion dize, que quando se lleuan estos autos en apelacion de la sentencia de remate a los Tribunales superiores, q̃ si la subhastacion fue hecha legitimamente, solo tiene el deudor para sacar los bienes muebles tres dias, y para los rayzes nueve.

72 ¶ Et nihilominus, añade, q̃ en este caso en las Reales Chancillerias se suele cōfirmar la sentencia de remate, cō aditamento, de q̃ si dentro de cierto tiẽpo el deudor pagare la deuda con las costas, se le bueluã sus bienes, y explicando los casos, en q̃ se suele hazer esto, dize: *Præsertim hoc ita pronũciatur, vbi pignorũ vẽditio, & additio in publica actione fit, alicui supposito licitatori ad hoc, vt eadem bona,*

*na, statim creditori tradat: vel sanè quoties visum est, ipsam venditionem publicam, non fuisse factã iusto pretio.* Et tunc afirma, que no ha de restituir el acreedor los frutos, ibi: *Nec sit fructuum restitutio, cum ex gratia potius, quam rigore iuris hæc sententia feratur.* Las mismas palabras, citando a el señor Couarruvias: refiere Paz, *in praxi, tomo 1.4.part.cap.3.num.48. & 49.* Y solo añade, q̃ es mejor que el acreedor compre por si, que por interposa persona por euitar la sospecha de fraude, ibi: *Ut præsumptio fraudis euitetur, & ut sibi bona distracta, sine circuitu applicentur.* Lo mismo resuelue Diego Perez *in l.4.tit.8.lib.3.ordinamenti folio mihi 1071.* versic. *Dubitari præterea solet,* Parlad. *lib.2.rerum quotidian. cap.fin.5.part.§.13.num.13.* dize, que frequentemente *pragmatici vsurpant, vt subÿciatur tertius, qui pignora liceatur, quibus addictis, cedit statim ius creditori, hoc autem id circo vt cognitio, quia eo pacto putãt subterfugere se remedium, quod datum est debitoribus, ex Authent. hoc nisi debitor, C. de desolutionib. & l.fin.C.de iure dominÿ impetrando,* Azeuedo *in l.19.tit.21.lib.4.num.125.* ibi: *Si emptor non inuenitur, vel non sufficiens pretiũ pro debito ofert: quid tunc faciet pars exequens; dic, quod apponit licitatorem quandam, qui offert pro bonis illis, debitum, & expensas vulgo* principal, y costas, *in quẽ transferuntur bona executata, & ei adiudicantur, qua adiudicatione facta, statim ipse licitator, ante apprehensam possessionem, transfert bona illa in creditorem ipsum, pro debito, & expensis; & sic exequens sibi satisfacit de debito.*

73 ¶ De suerte que en la opinion de estos DD. no esta prohibido el suponer tercero en la subhastacion, que ceda el remate. Y solo dizen algunos, que puede tener esta forma sospecha de fraude.

74 ¶ Carleual en la disputacion primera, *tit.3.num.30.* refiriò los DD. que tienen esta practica (menos Azeuedo, q̃ es el mejor lugar) y dize, q̃ a el

a el no le agrada, porq̃ se contrauiene a el texto en la *l. & qui sub imagine* 20. *C. de distract. pignor.* Y refiere a el Autor de la Curia Filipica en el lugar citado.

75 ¶ Pero el caso de la ley, *& qui sub imagine*, es distinto de èl, en que hablan los Doctores citados, y la diferencia consiste, en que esta ley habla en terminos de prenda, que se dà en empeño, que estonces es derecho cierto, que no la puede comprar el acreedor en los casos que la puede vẽder por su persona sin autoridad judizial, que son los de la ley *si conuenit* 4. *ff. de pignorat. action. l.* 41. 42. *&* 43. *tit.* 13. *part.* 5. Y es la razon, porque como la prẽda està en su poder, no puede ser vendedor, y cõprador, y por consiguiente, ni por interposita persona.

76 ¶ Estas son las palabras: *Qui sub imagine alterius personæ, quam supposuerat iugiter tenet, cum sibi negotium gerat alienasse non videtur: iure enim pignoris obligatum prædium, neque si per subiectam personam creditor comparauerit, neque si sibi addixerit debitori affert præiudicium, sed in eadem causa permanet, in qua fuit ante huiusmodi collusionem.*

77 ¶ La palabra *pignus* significa (à diferencia de la hipoteca) la cosa que se entrega à el acreedor, §. *item seruiana, Institut. de actionib. nam pignoris appellatione, eam propriè rem contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori.*

78 ¶ A la dicha ley corresponde la de partida 44. *tit.* 13. *part.* 5. *in princip.* ibi: *El que tiene à peños alguna cosa de otri, non la puede èl comprar si la quisiere èl vender.*

79 ¶ Ad verò en la subhastacion que se haze, *in causã iudicati*, como esta no la haze el acreedor, si no el Iuez, *l.* 2. *C. si in causam iudicat.* ibi: *Cũ in causa iudicati aliqua res pignori capitur per officium eius, qui ita decreuit venundari solet; non per eum, qui iudicatum fieri postulauit.* De esto se sigue, que la pueda cõprar por si mismo el acreedor, como lo dize esta misma ley, y los DD. arriba referidos,

feridos, y consiguientemente lo podrá hazer por interposita persona: argum. text. *in l. si sponsus* 5. §. *generalitèr, ff. de donat. inter vir. & vxor.*

80 ¶ Conque el lugar de la Curia Filipica, entendido, como suena, es contra Derecho, y como lo entiende Carleual, ha de ser en el casó de la dicha *l. & qui sub imagine*, en que no estamos en este pleyto.

81 ¶ Y assi la pretension, de que se computen los frutos que ha percibido don Diego (en virtud del remate q̃ se le hizo destos bienes) no puede tener lugar; porque quando concedieramos el caso de la equidad de los Tribunales superiores, esta se concede, en seguimiento de la apelacion.

82 ¶ Y no auiendo nulidad, ô injusticia en el precio, ya dexamos dicho con la autoridad de el señor Couarruvias, de Antonio Perez, y de Paz, que no se deuen restituir los frutos; *quibus addimus* Rodriguez *de execut. cap. 6. num. 55. in fine*, & Parlad. *lib. 2. rer. quotid. cap. fin. 5. part. §. 16. num.* 17. *& Cur. Phylip. 2. part. §. 22. n. 19.* Y que no aya nulidad, queda dicho en el *num.* 68. Que no aya injusticia en el precio, se harà demostracion breue.

83 ¶ La dote, y arras de doña Ana Maria de Villena, madre de don Diego, montò, segun la escritura 38U479. reales, y en quanto a la certeza de 32U979. Rs. que importò la dote, aunque se ha querido obscurecer, por don Diego se ha calificado notoriamente (como se darà a entender en la segunda parte deste papel.)

84 ¶ En quanto a los 500. ducados de las arras, no se ha opuesto cosa alguna, y a los herederos de la muger, les assiste la presunciõ de Derecho, de q̃ esta cantidad cabia en la decima parte de los bienes de don Gonçalo, al tiempo que los prometiô: argum. text. *in l. cum de lege Falcidia, ff. de probationib.* vt tenet Noguerol *allegat.* 17. *nu.* 43. cum Dom. Couarr. Baeça, Gutierrez, Matienç. Ayora, Sanchez, & Flores de Mena.

85 ¶ Conque la duda viene a ser, si el remate que se hizo en el dicho don Diego de los bienes

nes de su padre contuvo alguna lesion.

86 ¶ Lo que consta de los autos executiuos es, que se trabò la execucion en el molino, en las huertas jũto a el, en el cortijo de Guebro, en vnas casas, y vn oficio de Regidor de las Albuñuelas: y estos fueron los que se le remataron.

87 ¶ Don Diego ha hecho prouança con ocho testigos enrre otros: que todos concluyen de vista, y conocimiento, que el molino con las tres fanegas de tierra, con morales que le alinda, aun no vale 3U.ducados. Y dos dellos dizen, que tassadamẽte vale 2U.ducados. Y en quanto a la huerta que està cerca de el molino: de la misma manera concluyen, que aun no valdrà 400. ducados. Y vn testigo dize valdrà 300. El cortijo: concluyen tambien que valdrà 500. ducados, aunque dos se alargan a dezir que valdrà 600. La casa dizen valdrà 100. ducados, y dichos se alargan a dezir valdrà 150. El oficio de Regidor, concluyen los testigos, que lo vendiò don Diego en 200. ducados, y que era su mayor valor.

88 ¶ Conq̃ tomando los precios mas altos, importa toda con el oficio 4U350. ducados, que hazen reales 47U850.

89 ¶ Contra esto las partes contrarias no han hecho prouança alguna, y don Diego tiene alegado, que ay sobre esta hazienda 1U700. ducados de censos; y por testimonios ha justificado 1U536. Ds. de principales en 2. perpetuos, que importan 3U570. reales, y en otros abiertos, que importan la demas cantidad.

90 ¶ Estos baxados de los 47U850. reales que ajustamos de el precio, vienen a quedar 30U954. reales. La dote, y arras, porque se executô, y se hizo el remate de los bienes sin las costas, importò 38U479. reales, conque faltan para cumplirla 7U525. reales.

91 ¶ Esto es omitiendo 200. ducados, q̃ pretende don Diego gastô en el funeral de su padre, (y de solo Missas à presentado cartas de pago de 1U. Rs.) y 150. ducados, que se deuian de corridos de los cen-

censos: y 400. ducados à su mayordomo, (q̃ es muy verosimil, segun la estrecheza en q̃ estaua don Gonçalo quando muriò) que vno, y otro se cobrô de la renta de los bienes de que tomò possessión dicho D. Diego, y el lo ha ido pagando. Y que aũque no se hã prouado los demas cẽsos hasta 1700. ducados, que se pretende auia, ha sido descuido de don Diego, pareciendole que no ay hazienda para cobrarlo.

92 En quanto a los frutos, tan poco han hecho prouança las partes contrarias que importe: de lo que se han valido es, de vn testimonio de los embargos que se hizieron en esta hazienda luego que muriò el dicho D. Gõçalo, que casi viene con los frutos que ha prouado don Diego.

93 ¶ En quanto a el molino, en la prouança de don Diego, que es de 13. testigos, casi todos concluyen con especial conocimiento, que porque tiene muchas quiebras, algunas semanas no ha ganado mas que a fanega, y media, y lo mas que gana, son dos fanegas por semana: y todos cõcluyen, que ha menester para los reparos la tercia parte: y alguno dize la mitad de la renta: y otros dizen la quarta parte, sin que contra esto aya prouança alguna.

94 ¶ En quanto a el cortijo concluyen los mismos testigos, dando razon del mucho conocimiento; que en el tiẽpo que el susodicho lo ha posseydo, a estado tres años de vacio, por no auer arrendador; porque no tiene riesgo, y son las tierras endebles. Y por la misma los demas años; algunos lo ha labrado don Diego, y el que mas se alarga; dize merecerà 25. fanegas de trigo, y otros 300. reales, y otros 25. ducados, y contra esta prouança tambien no ay cosa encontrario.

95 ¶ En quanto a las tierras orilla del molino: dizen los mismos testigos que valdràn a 10. ducados, y el que mas se alarga es a 12. Y en quanto a la huerta cerca de el molino, los mas de dichos testigos concluyen valdrà en cada vn año a 18. ducados, y el que mas se alarga es a 20. Y todos deponen

con

con la misma razon de conocimiento, y tampoco ay prouança contraria.

96 ¶ La casa es constante en todos los testigos que no ay quien la habite, si no es de valde.

97 ¶ Conque haziendo computo de la mayor suma desta renta, dandole a el molino dos fanegas cada semana, sin hazer caso de las que â fanega y media, y baxādo la quarta parte para las quiebras: sin atender a el mayor numero de testigos, que dize ha menester la tercia parte: queda en 75. fanegas en cada vn año, y haziendo lo mismo en el cortijo, alguno que se adelanto fue a 25. fanegas cada año. Y estas se le dan, omitiendo los años de bacio, y esterilidad; conque haze la renta de pan a lo sumo 100. fanegas en cada vn año.

98 ¶ La renta de las dos huertas, tomando la mayor cantidad importa 32. ducados en cada vn año, y computando el trigo vn año con otro a 18. reales, importa 1800. reales, y con los 32. ducados de las huertas, haze toda la renta 2152. reales.

99 ¶ Desta se ha de baxar, si no los reditos de 1700. ducados de censos, que pretende don Diego ay cargados sobre la hazienda, por lo menos los de 1U85. ducados que ha justificado por testimonios, y 100. que dixo en su dicho el Lic. don Diego Riaño le pagaua la tierra junto a el molino, q̄ hazen 1U185. ducados, estos abiertos, y 351. ducados de perpetuos, que la renta de todos haze en cada vn año 770. reales.

100 ¶ Baxados estos reditos de la dicha rēta, viene a quedar en 1U152. reales. Y esto es, dandole todo el precio que se le puede, y haziendola vniforme todos los años, sin baxar costa, ni daño, ni mal sucesso.

101 ¶ Boluiendo, pues, a la disputa de Derecho; y suponiendo otro caso, en que hablan los DD. *videlicet*, de auer nulidad en los autos de el remate en la publica subhastacion, ò lesion en el precio, Carleu. en el *tit.3. disput.24. ex nu.7.* haze distin-

tinciõ de dos medios: el primero es, ſiguiendo la apelacion de los autos executiuos: y dize, que en los Tribunales ſuperiores ſe mandan reſtituir los bienes, pagando el principal con las coſtas, y intereſſes (en la opinion de algunos, dentro de el termino de la leſiõ, *ſcilicet*, de quatro años; en la de otros, *quocunque tempore.*) Y el ſegundo es, intentãdolo ante los Iuezes inferiores (ſi bien eſte lo contradize Villadiego.)

102 ¶ En el numero 9. en la queſtion, de ſi ſe han de reſtituir los frutos con los bienes: dize, que algunos lo niegan, dando la razon, *quod videatur hæc reſtitutio concedi ex gratia: in reſtitutione autem, quæ conceditur ex gratia, non veniunt fructus.*

103 ¶ Otros (dize) que conceden eſtos frutos, dando la razon, ibi: *Quia creditor non remanet in damno, cum illi reſtituatur debitum cũ intereſſe.* Y la tercera opinion diſtingue; ò la execucion es nula, *ob omiſſam ſolemnitatem, aut alium defectum: & tunc reſtituuntur bona debitori cum fructibus, reſtituto creditori debito cum intereſſe.* O la execucion peca en la juſticia; porque huvo falta en el precio, ſiendo *intra dimidiam, & tunc (ait) creditor lucratur fructus, & res debitori reſtituitur ſine fructibus*; pero èl lo dexa à el arbitrio prudente de los ſeñores Iuezes.

104 ¶ Lo que es ſin diſputa, y en que conviené todos los Doctores que cita Carleu. en los numeros 7. 8. & 9. es, q̃ a el acreedor ſe le ha de reſtituir primero que buelua los bienes, la deuda principal cõ las coſtas, y juntamente los intereſſes juſtos, a razon lo menos de cinco por ciento.

105 ¶ Eſto ſupueſto, y tambien (ſin perjuyzio de la verdad) q̃ eſtuvieſſemos en el caſo de auer nulidad de los autos, ò injuſticia en el precio. La deuda que auian de reſtituir las partes contrarias, es de 3Ꝟ500. ducados, pocos reales menos, y ſus reditos a razon de a cinco por 100. importan 175. ducados en cada vn año (eſto ſin quiebra, y ſin duda.) Los frutos en ſu mayor valor, aun no importan (baxados los reditos de los cenſos) 105. ducados: y el valor de la hazienda (aſsimiſmo baxados los cenſos) no alcança al

de la deuda principal con 7U525. reales (como queda dicho) luego conueniencia grande serà de las partes cõtrarias, a qualquiera luz que se mire, no llegar, à el juyzio de cuentas que la sentencia de vista manda hazer. Y este solo ha de seruir de vn embarazo grande, que consuma mucho tiempo, y de ninguna vtilidad para las partes contrarias, pues siempre no ha de auer para dar satisfacion a D. Diego de sus derechos.

106 ¶ Y mas quando no solo son los que hemos referido en esta primera parte del discurso, si no los q̃ se daràn a entẽder en la segunda. Y assi esperamos, que en quanto a esto se ha de enmendar la sentencia de vista, confiados en lo que encargan las leyes a los señores Iuezes superiores, *l. quidem existimarunt, de rebus creditis, §. item verborum, Instit de inutilib. stipulat.* D. Larrea. *decis. Granatens.* 4. *n.* 8. *&* 9. *cap. ex tenore* 11. *de foro compet. l.* 12. *tit.* 4. *part.* 3. D. Valenç. *cons.* 70. *num. cum. seqq.* V cap 1 de appellat in 6,

## ⁂ SEGUNDA PARTE. ⁂



107 EN esta nos detendremos muy poco; porq̃ no hemos de sacar della mas fruto, que el corroborar lo que acabamos de dezir, en orden a que se escuse el juyzio de cuentas, pues quando huviera mucha mas hazienda, los derechos de dõ Diego, de mas de los referidos, la consumierã.

### SATISFACION A LO QUE *se opone contra la escritura de dote.*

108 ¶ Lo primero es dar satisfacion a lo que se ha opuesto contra la escritura de dote de doña Ana de Villena, madre de D. Diego.

109 ¶ Es, pues, lo que se ha alegado contra ella. Lo vno, que contuvo lessíon, porque los bienes se apreciaron en mas de la mitad del justo precio; (y esto es lo que se alegò en la primera instancia.) Y lo otro (y que se alegò en la segũda) es dezir, que se otorgò constante el matrimonio.

110 ¶ En quanto a lo primero, el fundamẽto que ay es, auer declarado la dicha doña Ana en su testamento (debaxo de cuya disposicion muriò) que los bienes que lleuò a el matrimonio, por la carta de

dote,

dote, se pusierõ en ella por muchos ducados mas de su justo valor, en que estaua damnificado su marido enormissimamente. Manda, que si llegare el caso se le dè lo que fuere suyo, y se deshaga el agrauio. Y aun que las partes contrarias alegaron esta lesion, ni hizieron articulo, ni prouança sobre ella: conque solo ay que satisfazer a el testamento.

111 ¶ A que se responde. Lo primero, que consta por vna cedula que ha presentado don Diego, escrita, y firmada de el dicho D. Gonçalo su padre, que esta declaciõ la hizo a persuacion suya; respeto de q̃ preuino el caso q̃ pudo suceder de morir el dicho don Diego, y auer de restituir el dicho su padre la dote, y bienes vinculados. Y assi dize en la dicha declaracion, que el testamento lo otorgò la dicha doña Ana à persuacion suya; y que la verdad es, que demas de los bienes libres, que se pusieron en la dote, importò mas de otros mil ducados, que no se sentaron en ella. Y assimismo declara, q̃ es en cargo a el mayorazgo, de mas de 3U. ducados de menoscabos, y deteriorado.

112 ¶ En quanto a la verdad desta cedula ay ocho testigos presentados por don Diego, que en vista de ella concluyen todos; que la firma tienẽ por cierto, y sin duda, que es suya, porque lo vieron firmar muchas vezes, y es muy parecida; y algunos dizen, que la letra tambien es parecida. Y y vno en particular dize, que el estilo de ella, era muy proprio de el dicho Don Gonçalo, por la razon que expressa, y esta forma de prouar dixo Alvaro Valasc. la admite la practica, *consult.* 67. *nu.* 14. ibi: *Ne pereat iustitia partis praxis admittit, testes deponentes illam esse litteram illius, quia viderunt eum sæpissime scribere, & quia habent notam eius litteram, & caracteres*, el señor Doctor Valençuela Velazquez *cons.* 183. *num.* 11. lo refiere cõ las mismas palabras Genua *decis.* 183. *num.* 1. y concurriendo algunos adminiculos, haze plena prouança, Paleoth. *decis.* 62. vers. *Præterea*, Mars. *in Rubric. C. de probat. num.* 309. Farin. *tit.* 1. *consilior. cons.* 70. *num.* 58. & 6. cum Ruino *cons.* 46. & Roland. à Valle *cons.* 26.

*num.*

*num.24.vol.* 1. Gaito *de credito,cap.2.tit.8.num.*2752. Y aqui concurre la circunstancia de el testigo, que dize, que el estilo de la cedula era propio de don Gonçalo. Y q̃ es a fauor de vn hijo, por exonerar la cōciencia, en que se admite menor prouança: argum. text. *in Authent. quod sine, C. de testam* & doctr. Bart. *in l. fideicommissa,* §. 1 *ff. de leg.* 3. Tiraquel. *de pia caus. præuil.* 4. Alvar. Valasc. *consul* 67.*n.*1.

113 ¶ Y auiendo con la prouança de este genero comparacion, es cierto que prueva, ex doct. Bart. *in Authent. at si contractus, num.* 6. Paul. Granut. *theorem.* 15. *num.* 2. Farin. *in fragment.* 1 *part. post tractatum de furtis, verbo, comparatio, num.* 510. & 512.

114 ¶ Y aqui tenemos comparacion, porque aunque Christoual de la Peña, escriuano de Prouincia (por mandado de la Sala, y a instācia de las partes contrarias, y sincitacion de la parte de don Diego) declarò, que la letra de la cedula era de diferente mano, que las que estauan en algunas peticiones judiciales, no consta que la letra de las dichas peticiones fuesse de don Gonçalo. Y en quanto a la firma dize, que le parece a las de las peticiones, y aunque añade, que el apellido de Fernandez tiene alguna diferencia, no dize la que es, y dize, que en vnas, y otras està en abreuiado, de que se reconoce fue demasiado escrupulo. Y esta comparacion es bastante, *siquidem,* prouada la afirma, se comprueva el contexto de la escritura; porque se presume, que el que la firmò la escriuiò, ò otro por su mandado, que es bastante, Surdo *decis.* 265. *num.* 26. *idem plures referens, consil.* 1 *tit. cons.* 64. *num.* 31. Dom. Valençuel. *dissertat.* 23. *num.* 19. & 20.

115 ¶ Y siendo de disposicion *inter liberos,* que baste la firma *in scriptura priuata,* es texto formal la *Authent. si modo, C. famil. erciscundæ.* Marco Antonio Nata *in dict. Authent. num.* 45. Alvar. Valasc. *consult.* 67. *num.* 8.

116 ¶ Lo segundo que se responde a està declaracion es, que es contra el hecho de la verdad, porque los bienes de la dote se pusieron en su justo

va-

valor, y antes se dexaron de poner otros muchos que don Diego alegô, importauan mas de 1ꝟ.ducados, y su padre, en la cedula, lo confiessa assi. Y ocho testigos, en la 10. pregunta presentados por don Diego, dizen que saben, y tienen noticia, que auiendo muerto Francisco de Anguis, padre de dicha doña Ana (que era hombre muy rico) y quedado por vnica heredera la susodicha, se entrô en toda la hazienda: y auiendose casado con el dicho D. Gonçalo, fue publico, y notorio, que demas de 3ꝟ. ducados que se pusieron en la carta de dote de bienes libres, se dexaron de poner otros muchos muebles, joyas, y plata labrada. Y vn testigo liquida (por auerselo oido dezir à don Gonçalo) que serian 1ꝟ. ducados. Y este da la razon, diziendo se le comunicô tambien, que fue, preuiniendo el caso de morir la dicha doña Ana sin sucession, y auer de restituyr la dote, y mayorazgo, que es la misma que contiene la cedula.

118 ¶ Y esta prouança coadjuba, y sirve de adminiculo para la comprouacion de la cedula.

119 ¶ Lo tercero, y vltimo es, que quando faltara esta comprouacion, la dicha doña Ana, en su declaracion, no pudo perjudicar à don Diego su hijo, ni se deue diferir â ella, no prouandose por otros medios, la verdad de dicha declaracion, Autenth. *quod obtinet, in fin. C. de probationib.* Bart. *in l. cum quis decedens, ff. de legat.* 3. §. *Titia, num.* 1. Ant. Gom. *in l.* 9. *Taur. num.* 36. Roxas *in epito. succes. cap.* 9. *num.* 15. Gutierrez *lib.* 3. *pract. quæst.* 96. *numer.* 5. Dom. Valençuela 86. *num.* 12. & *n.* 28. & *cons.* D. Vela *diss.* 42. *n.* 2.

120 ¶ El dezir que fue constante el matrimonio, la dote, no es defecto (y esta se constituyò en el tiempo que ordinariamente se hazen, que es auiendose desposado, y antes de velarse.)

121 ¶ Dezir que se presume donacion, no es cierto, porque esto sucede, quando la dote es confessada. Y en este caso si es *ante matrimoniũ*, regularmente se presume *spe futuræ numerationis*

(no constando de lo contrario) con que se prescriue passados los terminos legales, y obsta no solo à el marido, y sus herederos, sino à los acreedores. Y si esta confession es constante el matrimonio, ay variedad en las opiniones de si se presume *animo donandi*, ò *spe futuræ numerationis*. Y en los desta opinion procede lo mismo. Y en los que lleuan la del *animo donandi*, se confirma con la muerte del marido, Dom. Couarr. *variar. lib.* 1. *cap.* 7. *& n.* 5. *per totum*, Alvaro Valasco *consult.* 5. *ex num.* 4. Anton. Gomez *l.* 50. *Taur. num.* 52. Pater Molin. *tract.* 2. *disput.* 439. *per totam*, Menoch. *libr.* 3. *præsumpt.* 12. *& præsumpt.* 13. plures cumulat Dom. Vela *dissert.* 21. *num.* 70. *&* 71. Noguer. *allegat.* 16. *n.* 39. *&* 40.

122 ¶ Pero quando ay fee de paga, nadie ha dicho, ni puede dezir, que se presume *animo donandi*, ò *spe futuræ numerationis*. Y en terminos de ser constante el matrimonio, y auer fee de paga (aunque â nuestro sentir no auia razon de dudar) lo dixo Antonio Gomez *dict. l.* 5. *num.* 52. vers. *Quod extende*, con la doctrina de Bart. *in l. fin. C. de dote caut.* nõ numerat Alvar. Valasc. *consultat.* 5. *num.* 11. Pater Molin. *disputat.* 439. vers. *Quando tamen*.

123 ¶ Y que se pueda constituyr dote, cõstante el matrimonio, sin que se entienda donaciõ, lo dixo Palac. Rub. *in Rubr. de donat. inter*, §. 53. *num.* 1. prouandolo con la *l. si quis pro vxore*, §. *si vxor, ff. de donatio inte.* Y con la Gloss. *in l.* 1. *ff. solut. matrim.* y Baeza *in tract. de non melior. cap.* 5. *num.* 16. *&* 17.

124 ¶ En el caso deste pleyto estamos fuera de toda duda, porque esta dote no se puede dezir que fue constante el matrimonio, pues fue *in limine matrimonij*, en que no se puede presumir suposicion de bienes, y demas de la fee de entrego està calificada, no solo en la realidad, sino en el valor: y aunque excediô del que se le diô en mas cantidad de 1U. ducados.

Y la

125 ¶ Y la resolucion comun es, que en los casos que la dote es confessada, quando ay, demas de la confesion, algunos indicios de la numeracion, tiene los mismos efectos que la real, Baldo *in l. de priuil. dotis*, Ioannes Campeg. *tract. de dot. quæst.* 76. Gram. *decis.* 103. *num.* 6. *in fin.* Crauet. *cons.* 40. *num.* 4. Neuizan. *cons.* 57. *num.* 8. Roland. à Vall. *cons.* 85. *num.* 43. *vers. Primo*, Menochio *de præsumpt. libr.* 3. *præsumpt.* 12. *num.* 22. idem *cons.* 7. *num.* 10. Luego quando ay prouança concluyente por mayor razon.

126 ¶ Con que parece queda satisfecho lo que se opone à la dote, sin que pueda quedar duda alguna.

## *PRETENSION DE LOS daños en los bienes vinculados.*

127 LA Prouança de los daños en los bienes vinculados, parece que es bastante, atẽdiendo à que ay en quanto à ella trece testigos, que todos concluyen de vista, y conocimiento de las heredades de viña, que eran muy buenas, y de mucho lleuar, y en buen pago (vno dize, que eran mas de treynta arançadas, y por la escritura de dote consta eran 6. heredades) y q̃ por descuydo de don Gonçalo, por no auerlas cultiuado se perdieron, y que las descepò el dicho dõ Gonçalo, y oy estàn en esse ser: y algunos dizen, que la tierra era buena para viñas, y no para sembrar.

128 ¶ Don Diego articulò 12U. ducados de menoscabos: todos los testigos concluyen que es muy grande el daño, que no se atreuen à liquidar: solo vno dize tuvo à renta vna de dichas heredades, que se llamauan de Lerma, y que en esta solo importarà el menoscabo 400. ducados.

129 ¶ Contra esta prouança, las partes cõtrarias en la 12. pregunta articularon, que vna heredad de viña (sin dezir el pago) que dexò vinculada Francisco de Anguis, por estar en pago muy remoto,

to, y apartado, y no tener riego, las cepas, se fueran perdiendo, y fue vtil descepar las, porque la tierra se arrienda à fanega de trigo por cada año. Quatro testigos dizen en esta pregunta: vno vezino, y natural desta Ciudad: los tres, aunque vezinos tambien desta Ciudad, dizen que son naturales de Guadix, y deponen con la misma indeterminacion, que tienen noticia que en el pago donde està la dicha viña (sin dezir qual) se han descepado las que auia, por las razones contenidas en la pregunta. Y algunos dellos dizen, que es cosa cierta, por la dicha razon, q̃ es mas vtil la tierra calma.

130 ¶ Desuerte, que estos testigos que deponen con la incertidumbre, y duda del articulo, nada prueuan conforme à Derecho por la doctrina de Angelo *in l. 1. ff. de legib.* Farin. *quæst. 68. num. 1. cum plurib.*

131 ¶ A la prouança de don Diego (que en la sustancia es grande, y concluyente) aunque no liquidan los testigos; para esta liquidacion, concurre el dicho del testigo, que en vna de las seys heredades, liquida 400. ducados, y dize, que al respeto correran los daños en las demas.

132 ¶ Y asimismo la declaracion de don Gonçalo, en la cedula, que dize ay de daños tres mil ducados, que aunque no prueue por si sola, no puede dexar de ayudar mucho.

133 ¶ Y por vltimo, y lo que concluye sin duda, es la delacion del juramento que contiene la escritura de dote, otorgada por el dicho don Gonçalo, â fauor de los sucessores, en el vinculo, en virtud de la qual, don Diego jurô con tanta limitaciõ, qne aunque fuera materia sospechosa de vsuras, se pudiera sustentar en el arbitrio de los señores Iuezes, porque pidiô solos 2U. ducados.

134 ¶ Y esta cantidad, aunque no estuviera assistida de las prouanças, se tiene por concluyẽtemente prouada con el juramento decissorio voluntario: no solo para la via ordinaria en que estamos, sino para poder executar, Bart. & DD. communi-

muniter *in l. fin. ff. de prætoria stipulat. & in l. ius iurando, ff. de iure iurand.* Fontanel. *de pactis nuptialib. tom. 2. clauf. 5. glos. 9. ex num.* 1. Narbon. *in l.* 13. *tit.* 18. *lib.* 5 *glos.* 4. *ex num.* 1. Hermos. *l.* 10. *tit.* 1. *p.* 5 *glos.* 4. *ex n.* 342. Ant. Amat. *lib.* 1. *var. resol.* 27. *ex n.* 26.

135 ¶ Y aunque Carleu. en el *tit.* 3. *disp.* 8. *n.* 122. refiriô algunos de contrario sentir. Y en el *num.* 123. aprouô esta sentencia, fue limitandola â los contratos de mutuo, ô a otros en que ay peligro de vsura, en cuyos terminos hablan los DD. que alli cita, y à ellos tambien se limita tambien la *l. Real* 13. *tit.* 18. *lib.* 3. *Recop.* §. 3.

136 ¶ Pero en los demas contratos es regla sin controuersia; para lo qual cita muchos en el *num.* 115. quibus addimus Roderic. Suar. *in l. post rem iudic. notabil.* 2. *num.* 7. Parlador. *lib.* 2. *rerum quotidian.* 1. *p.* §. 12. *n.* 36. idem Carleu. *tit.* 3. *disp.* 3. *n.* 23. Rodrig. *de proces. execut. c.* 1. *art.* 3. *nu.* 1. & 2. Villadieg. *in polit. c.* 8. *n.* 37.

137 ¶ Estando liquidos estos daños, la accion que compete â D. Diego contra los bienes de su padre, para recuperarlos, es de Derecho, y se prueua de la *l. mulier,* §. *si hæres,* ibi: *Culpa plane rationem reddere, ff. ad Trebel.* D. Greg. *l.* 7. *tit.* 9. *part.* 6. Gloss. *por su culpa,* Peralta *in l.* 3. §. *qui fideicomm. ff. de hæred. instit.* D. Molin. *de primog. lib.* 1. *cap.* 27 *n.* 1. P. Molin. *tom.* 3. *disp.* 646. Mier. *de maior.* 4. *p. q.* 3. *n. fin.* Garcia *de expens. c.* 16. *n.* 39. Pereyr. *decis. Portug.* 48. *n.* 5. Peregr. *de fideicom. art.* 10. *nu.* 16. D. Ioann. del Castill. *tom.* 8. *de alim. c.* 45. *n.* 1.

138 ¶ Y cõpete, no solo por la culpa lata, sino por la leue, y solo se exceptua la leuissima, y el caso fortuito, tenet D. Molin. *d. cap.* 27. *nu.* 7. vers. *Si verò culpa læui,* D. Greg. Lop. *dict. l.* 7. *tit.* 9. *p.* 6 Gloss. *por su culpa,* D. Castill. *de aliment. c.* 54. *n.* 2.

139 ¶ Y no solo compete accion personal para dichos daños; pero en la opinion de Mieres 4. *p. q.* 39. *n.* 6. compete tacita hipoteca, prouandolo con la Authent. *contra eum rogatus, C. ad Trebelia-*

*belianum.* Lo mismo resolviò Ant. Thesaur. *lib.* 2. *quæst. forens. q.* 84. Y que comiença esta para la antelacion de los demas acreedores hipotecarios *à die successionis, & ceptæ administrationis*, ex *l. pro officio, C. de administr. tutor.* Y aunque Noguerol defendiò con grandes fundamentos lo contrario, en quanto à la tacita hipoteca, satisfaciendo à Thesauro, y à Mieres. Aora el señor Don Iuan del Castillo en el *tom.* 8. *de alim. c.* 45. *ex num.* 11. defiende la sentencia de Mieres, y de Thesauro, aunque no cita à Noguerol.

140 ¶ *Sed quidquid sit harum opinionũ*, aqui no hemos menester tacita hipoteca, y basta la personal; y demas à mas la tenemos expressa en la obligacion de la escritura dotal, en que expressamente prometiò don Gonçalo pagar las deterioraciones, obligando su persona, y bienes.

141 ¶ Con que queda sin duda justificada la pretension de don Diego, para que auiendo bienes de don Gonçalo su padre, demas de la dote, y arras, se le paguen essos 2ꝗ. ducados.

142 ¶ Y venimos à cerrar el discurso con que si en la liquidacion que hizimos en la primera parte, para que se escusasse el juyzio de cuentas, parece se ajustò no ser de vtilidad, porque siẽpre auia de quedar don Diego superior en sus creditos, añadiendo à ellos estos 2ꝗ. ducados: ya se vè quãto mas justifica esta pretension. Y assi esperamos en ella determinacion fauorable. Salva in omnibus, &c.

Licenc. Don Ioseph de Moratalla.

